DE QUAESTIONE

AN ET QUATENUS ABSOLUTIO AB INSTANTIA IN CAUSSIS CRIMINALIBUS LOCUM HABEAT.

COMMENTATIO

IN

CERTAMINE LITERARIO

CIVIUM

ACADEMIAE GEORGIAE AUGUSTAE

DIE IV JUNII MDCCCXXXVI

EX SENTENTIA

ILLUSTRIS JURISCONSULTORUM ORDINIS

PRAEMIO REGIO ORNATA.

SCRIPSIT

HENRICUS ALBERTUS OPPERMANN

GOTTINGENSIS.

Nullum delictum sine poena.

GOTTINGAE,

TYPIS DIETERICHIANIS.

MDCCCXXXVI.

Quod hic apponi voluit illustrissimus Jurisconsultorum ordo, judicium ita habet:

Ex pluribus, quos stadium ingressos esse novimus, non nisi unus ad metam usque perseveravit, a quo exhibita est commentatio hisce insignita verbis:

Nullum delictum sine poena.

Cuius quidem commentationis auctor sensum et scopum quaestionis bene intellexit, eamque ab omni parte tractavit; in colligendis iis quae argumento illustrando inservirent haud mediocrem diligentiam, nec non in ponderandis aliorum sententiis iudicii acumen passim probavit, omniaque satis apte disposuit. Sermo autem quo utitur latinus iustam reprehensionem incurrit, quippe qui non solum verborum puritatem et proprietatem, sed grammaticae etiam leges haud raro negligat. Cum vero haec sint eius generis, ut emendari possint, et ne nimia severitate commilitones absterrerentur, auctori commentationis praemium regium addicendum esse indicavit Ordo, ea tamen lege dicta, ut opusculum non nisi penitus retractatum et emaculatum typis edat.

D. D. D.

AUCTOR.

INTRODUCTIO.

De natura atque vi juridica absolutionis ab instantia in criminalibus secundum nostri temporis judicia.

§. 1.
Notio atque natura absolutionis ab instantia.

Pronuntiationes judicum in processu criminali obviae, secundum rei naturam duplicis esse possunt generis, aut *interlocutoriae*, quae de legum processualium poenalium applicatione, aut *sententiae*, quae de poenalium legum applicatione decernunt. Hae, quas etiam sententias definitivas vocamus, reum aut condemnant aut absolvunt. Sententiae vero absolutoriae iterum dividuntur in duo genera, quatenus reus aut in perpetuum, omnino absolvitur, [absolutio a crimine, absolutio definitiva, absolutio a tota causa, absolutio plena,] aut tantum interim pro praesenti statu causae absolvitur [absolutio ab instantia]. Quare notionem absolutionis ab instantia ita definire licet, ut ea sit judicis sententia, quae reum inquisitione finita pro praesenti statu causae absolvat. Similiter MEISTERUS quoque noster eam definit, sed conditiones, quibus absolutio ab instantia obveniat, in definitionem simul transfert, dicens: "est enim absolutio vel definitiva, vel ab instantia (interimistica) si reus tantum interim, pro praesenti statu causae, in specie ob defectum sufficientium indiciorum, absolvitur" [1]). Paulo aliter etiam BAUER V. D. vim et rationem absolutionis ab instantia in recentiore processus criminalis editione constituit. Distinguit enim plenam sententiam definitivam et imperfectam et ultimo generi absolutionem ab instantia adnumerat [2]). At quamvis ea sit aliqua discernendi ratio, tamen eam ad

1) GEO. JAC. FR. MEISTERI principia juris criminalis §. 436.
2) BAUER Lehrbuch des Strafprocesses Göttingen 1835. §. 192.

totum sententiarum definitivarum genus extendi non licere crediderim, quum sententiae condemnatoriae nunquam imperfectae esse possint, sed tum demum, quum antea inter sententias condemnatorias et absolutorias distinctum fuerit, adhibendam esse idque nonnisi in ultimis his.

Sed HARPPRECHTIO nullatenus possumus adstipulari dicenti: "absolutio ab instantia est liberatio justa rei, ad tempus, sub conditione facta et causae principalis decisionem suspendens" 1), nam liberatio justa rei cogitari non potest sine sententia judicis; et sententia tacita est nulla. Quamvis enim absolutione ab instantia inquisitio ipsa non reprimatur, sed tantum suspendatur, tamen cum HARPPRECHTIO dicere non possumus, ea causae principalis decisionem differri; nam causa principalis jam nunc ea decernitur, quum reus absolvatur, quamquam nonnisi sub conditione resolutiva. Juridica enim absolutionis ab instantia vis in eo posita est, ut tantummodo sit absolutio interimistica, et in reum iterum inquiri possit, simulac nova indicia, quae in suspicionem eum vocent, vel insontem exhibeant, reperiantur. Natura autem et indoles absolutionis ab instantia clarissime patescet, si eam cum aliis similibus composuerimus, qua in re hoc adjecisse sufficiat: locutionem "absolutio ab instantia" non tam legalem quam a practicis esse inventam. Leges enim nostram absolutionem [in civilibus] dicunt absolutionem ab observatione judicii 2), Canones simpliciter absolutionem vocant 3).

§. 2.

Quid discriminis intercedat inter absolutionem ab instantia et similia.

Inter absolutionem ab instantia et interlocutiones id praecipue interest, quod illa semper peracta inquisitione instituitur [sive finita inquisitione generali, sive speciali,] haec vero ipsa procedente inquisitione fiunt, aut eam ordinantes, aut ut in futurum procedatur, constituentes, et quod illa nonnisi de applicatione legum poenalium, hae vero tantum de processus criminalis legibus decernunt. Nec minuta discrepantia posthac oritur quoque inter absolutionem definitivam et absolutionem ab instantia; illa enim perfecta est sen-

---

1) CH. FR. HARPPRECHT com. de absolutione ab inst. in criminalibus et civilibus p. 38.
2) L. 13. Cod. de jud. Nov. 53. Cap. I.
3) Cap. 35. X. de jud.

tentia definitiva, hac imperfecta, veluti conditione resolutiva adstricta.

Absolutio ab instantia praeterea accurate distinguenda est a nullitatibus, licet saepe cum iis confusa sit, id quod jam medio aevo factum etiam apud Harpprectium imoque apud Kleinschrodium occurrit [1]). Etenim si qua inquisitio propter processuales magni momenti defectus nulla esse judicatur, eo quidem nec de crimine nec de reo aliquid decernitur, quod utrumque in absolutione ab instantia fit. Haec quidem semper quoque finita inquisitione intercedit, quum in qualibet inquisitionis parte, nullum esse processum, decerni possit. Reus tunc modo ab instantia absolvitur, quum judex plenam veritatem culpae aut innocentiae invenire non potuit; de prorsus autem diversis causis inquisitionem totam nullam esse pronuntiatur. Reus ab instantia absolutus plerumque ex carcere dimittitur et in jura priora restituitur quum in nullitatibus reus in carcere maneat nec de substantia sua aliisve bonis libere disponere possit. Id tantum similitudinis inter eas intercedit, quod tam in nullitatibus quam in absolutione ab instantia denuo inquisitio intendi potest; sed vel sic magnum discrimen eo constituitur, quod in nullitatibus acta prioris inquisitionis nulla sunt, nec vero in absolutione ab instantia, quippe qua ea, quae e priore inquisitione redundarint, cum nova conferantur.

Absolutio ab instantia porro distinguenda est a dimissione rei absque sententia; quamquam enim haec, quod causam et effectum adtinet, plane eadem est cum absolutione ab instantia tamen natura sua ab ea discedit. Absolutio ab instantia enim sententia judicis est, illa vero actus arbitrii. Haec jure et legibus nititur, nec vero dimissio rei sine sententia, cum quilibet, in quem inquiratur, judicis sententiam postulare possit [2]).

---

1) Kleinschrod Abh. aus dem peinl. Rechte. Tom. I. pag. 181.

2) Ex causis quidem politicae criminalis eam defendere conati sunt V. V. D. D. et ita Harpprecht dicit l. l. pag. 149: "Prudentiae conveniens „esse censent, plane omnem sententiam omittere et reum simpliciter „libertati restituere; idque partim hoc fine, ut ipse reus nesciat, quid „de se actum, ut in qua conditione positus sit; partim ut credat, se „iterum sui juris esse, atque sic minus circumspectus novis ulteriori„busque indiciis ansam praebeat; partim vero etiam, ut evitentur ca„villationes, quae, si fuisset absolutio, licet minus plena tantum, ex„presse decreta, oriri posset super quaestione; an noceat prioribus

Denique nostra absolutio etiam ab eo quod nunc abolitio vocatur, discernenda est. Illa enim dispensatio est, qua reus ab inquisitione, priusquam sententia finita est, liberatur, haec judicis sententia est, qua inquisitio pro praesenti statu causae finitur. Abolitio excedit imperium judicis, et tantum imperatoris clementia effici potest; absolutio ab instantia penes judicem est, neque capite indulgentiae, sed secundum leges pronuntiatur. Effectus etiam plane diversi sunt, effectus enim abolitionis est, ut criminalis cognitio delicti sublata et exclusa sit, in perpetuum, effectus absolutionis ab instantia est, ut inquisitio continuetur, si indicia augentur.

§. 3.
Effectus absolutionis ab instantia.

Quum de effectibus absolutionis ab instantia agitur, accurate distinguendi sunt et ii qui ad ipsum processum criminalem attinent, et ii, qui a judicio publico (Criminalpolizei) proficiscuntur. Nonnisi primi in ipsa absolutionis ab instantia natura originem atque fundamentum habent, et necessarii sunt, h. e. absolutio quam dicunt ab instantia, sine iis nullo modo cogitari potest. Ii autem, qui ad disciplinam publicam spectant, necesse non est cum judiciali ejus natura sint conjuncti, utilitatis solius et commodi vi definiti, aut in singularibus e rei nocendi potestate deductis rationibus cernuntur, aut nonnisi legibus territorialibus praescribuntur, itaque pro rebus aut deesse possunt, aut valde mutari [1]).

Quae primum ac necessario inde efficiuntur, de quibus tantum rebus hoc loco proprie agitur, eorum primo loco huc pertinent, quae de reo sequuntur: Reus ab inquisitione absolvitur et e carcere dimittendus est. Dimissio ex carcere, nisi ex gravibus quibusdam firmisque rationibus fieri non potest, subsequi debet. Nam in carcere quis teneri non potest nisi aut delicti alicujus causa, aut inquisitionis nondum finitae.

Absolutus porro in omnia sua jura civilia, quae inquisitione sublata erant, in rerum suarum bonorumque praecipue liberam potestatem restituitur. Propter communis juris de ea re silentium in usu fori semper dubium fuit, utrum is, qui ab instantia

---

indiciis, an vim rei judicatae tribuat?" Quamvis vero prudentiae convenientissima sit, nihilominus tamen juri, legibus et rationi contraria est.

1) A. Bauer Lehrbuch des Strafprocesses §. 193.

suspensionem vel remotionem ab officio nunquam subsequi, altero, qui munere publico fungatur, eum hoc retinere quidem debere, sed functione ipsa ad interim ei interdicta, ne sit abutendi ejus copia. Postea KLEINSCHRODIUS ad eam, qua territorialibus legibus pronuntiata est, accedit sententiam, ut cum absolutione ab instantia semper sit remotio ab officio conjuncta, quoniam omnes necesse sit, qui publico munere fungantur, a calumniis sint liberi, et quia pro muneris dignitate fieri non debeat ut praesit ei suspicioni quidam obnoxius [2]). Verumtamen hae rationes nihil cum legitima juris poenalis natura commune habent; sed ad aliam pertinent publici juris partem. Quod ad jus commune attinet, nullum damnum cum absolutione ab instantia conjunctum esse debet; neque remotio ab officio, quamquam penes judicem de ea re arbitrium est, hunc pertinet.

Disputatum quoque est, utrum, qui ab instantia absolutus, expensarum damnandus sit nec ne. Alii nihil haesitantes, ut ita condemnetur, censent, quia sat probabilem inquirendi causam adfuisse intelligatur [3]). Rectius vero judicatur, ibi etiam commune de expensis placitum locum habere, praesertim quoque de culpa sive de damno resarciendo doctrinam fundamentum sententiae esse debere [4]).

Ab instantia absolutus porro si spem habet innocentiam haud

matio eorum prudenti judicis arbitrio permissa est. Utilitati igitur et praxi repugnat id, quod HARPPRECHT et KLEINSCHRODIUS dicunt, ab instantia absolutum exceptionem habere rei judicatae, si judex propter easdem suspiciones causas denuo inquirere velit. Interdum ad novam inquisitionem instituendam spes judicis sufficit, fore ut reus delictum a se commissum confiteatur. Si quis finita inquisitione generali ab instantia absolutus est, in universum quidem statui potest, ut nova indicia potestatem judici dent specialis instituendae inquisitionis. Semper autem supervenientes probationes cum prioribus argumentis conjungi et ad hunc finem acta hactenus conscripta asservari debent.

Jam nova indicia aut plenam possunt probationem criminis, qua fit, ut reus condemnetur, aut plenam innocentiae probationem praebere, qua efficitur plena perfectaque absolutio, aut vero in priori statu relinquere, tum iterum ab instantia absolvendus reus est.

Quod ad judicium attinet, absolutione ab instantia praeventio efficitur. Nam praeventio a citatione rei omnibusque actibus citationis rationem habentibus dependet [1]). Si igitur accidit, ut alius judex ob idem crimen in absolutum instantia reum inquisitionem instituere velit, reus exceptionem judicis incompetentis opponere poterit.

Plerumque, qui vero neque necessarii sunt, neque absolutionis ab instantia juris criminalis natura efficiuntur, hi effectus apparent: I. ab instantia absolutus plerumque a judice observandus est, vel disciplinae publicae potius traditur. Hic effectus sine dubio nonnisi in disciplina criminali causam habet, cujus est, crimina prohibere, nocentes insequi, suspectos observare. Licet sane civitati, cuivis fides habenda non est, eum observare, cujus quidem observationis absolutio ab instantia indirecta tantum causa est.

II. Saepe ab instantia absoluto cautiones etiam praestandae sunt, et quidem regulariter judex cautionem de judicio sisti ab eo exigere potest. Haec cautio plerumque aut fidejussoribus aut pignoribus praestanda est, interdum tamen etiam cautio juratoria sufficit.

III. Postulari etiam ab absoluto cautio solet, ut territorium judicii ne deserat, agros inscio judice ne vendat, neve domicilium mutet.

Omnes hae cautiones interdum omitti possunt, plerumque etiam nunc superfluae sunt, et disciplina publica bene instituta affatim supplentur. Nunquam tamen eas ut poenas considerare licet.

---

1) BAUER l. c. §. 41. KLEINSCHROD Abh. I. p. 213. HARPPRECHT l. c. p. 158.

alteri poenae publicae persecutio. Poenae publicae persequendae modus accuratius legibus jureque definitus esse debet et quidem ita ut qui sanctiones poenales laeserit, quantum fieri potest celeriter et certe poena affici possit, innocens vero, quem aliqua suspicio premit, judicis et injustitiam et negligentiam et arbitrium evitari possit. Quare modum poenae publicae persequendae definiunt regulae, earum complexum processum criminalem vocamus. Cujus finis in vero investigando factisque, quae sese ostenderunt, ex jure legibusque rite dijudicandis, judicumque sententiis idonee exequendis continetur. Quoad veri investigationem, necesse est, et ut judex veritatem criminis per se spectati, seu corpus delicti, exploret, et ut, quinam revera sit auctor delicti atque quae qualesque sint res, gradum poenae constituentes, animo comprehendat. Atqui tum demum judici condemnare aut plene absolvere licet, ubi utrum reus sons sit, an insons pro certo habet. Quid igitur tum, quum judex plenam veritatem, sive quoad corpus delicti, sive quoad ejus auctorem, explorare non potuerit, faciendum est? quid fiet, si judex de culpa rei ambigat, nec tamen amplius habeat, quo veritatem investigare queat, si forte certa sit animi sententia, reum sontem esse, neque vero eum legitima et juridica probatione convincere possit?

Id sine dubio certum est, rebus sic se habentibus judicem quidem condemnare reum non posse, nam firma est regula, ad condemnandum reum plenam requiri probationem i. e. certitudinem juridicam. Neque magis est judicis, reum, cujus culpam suspicatur, si suspicionem removere nullo pacto possit, a crimine absolvere, eumque ita ab omni ejusdem criminis inquisitione liberare; repugnaret enim id animi suae sententiae, repugnaret veritati, repugnaret legi, qua sancitur, ut secundum veritatem exploratam sententia pronuntietur.

Judex, inquam, suspectum quidem et gravatum, sed non convictum reum plene absolvens, contra *animi sententiam* agit, quum eum, de cujus culpa dubius haeret, *insontem* praedicet, contra *veritatem* eo, quod contra animi sententiam, contra *legem* denique, quoniam veritatem animique sententiam susque deque habet.

Quid igitur rationi, quid principiis processus criminalis, qui a judice tantum modo sententiam, secundum veritatem latam requirat, convenientius est, quam judicem reo dicere: "quum omnia adhibita sint ad veritatem explorandam nec quidquam supersit, quod momentum habere possit, inquisitioni pro tempore finem imponere cogor. Atqui quum inquisitio non plenam criminis a te commissi

probationem exhibuerit, pro praesente statu causae poena irrogari tibi nequit. Quum vero etiam inquisitio neutiquam evicerit, te crimen, de quo accusatus sis, non perpetrasse, imo suspicio te premat non exigua, contra animi mei sententiam, veritatem et leges peccarem, si te nihilo minus insontem nec ulli criminationi obnoxium pronuntiare vellem. Ergo pro praesenti tantum causae statu absolvere te licet, h. e. quovis tempore, ubi fieri posse videtur, ut plenam veritatem comperiam, jus mihi superest denuo in te inquirendi teque condemnandi, si quidem tum plena probatione convictus fueris. Haec vero est absolutio nostra ab instantia.

§. 6.

Necessitatem absolutionis ab instantia ex principiis politices criminalis deducendi tentamen.

Quum absolutionem ab instantia ratione et natura rei niti modo viderimus, jam eam aptam et necessariam esse demonstrare studebimus.

Ponimus hic in universum, absolutionem ab instantia tum demum locum in criminalibus habere, si judex quidnam verum sit plene investigare non potuerit, si utrum sons an insons sit reus, dubius haeret, si igitur, ut breviter dicam, reus probatione quidem non convictus, verum valde gravatus et suspectus sit.

Statum juris quam certissimum et firmissimum sistere, haud dubie in genere est consilium potestatis poenalis, qua respublica utitur. Id autem, quoad processum poenalem, eo tantum efficitur, quod nullum delictum, quantum fieri potest, poena non afficiatur.

Ne vero insonti injuria fiat, legibus cautum est, ut applicatio legum poenalium a certis et legitimis pendeat regulis ac normis. Legibus enim constitutum est, quales sint conditiones, sub quibus judici factum aliquod verum habere legique poenali subsumere liceat. Etiamsi enim animo judicis de crimine rei persuasum sit, tamen ei, nisi legalem probationem criminis a reo commissi exhibere possit, poenam imponere non licet. Ita singulorum status satis est tutus et certus, nec profecto fieri potest, ut qui prorsus insons sit, condemnetur. Plus autem ad singulos tuendos impendi non potest, nisi cum summo publicae salutis periculo, quod certe nasceretur, si reum, quem plena probatione criminis convincere non potuisses, licet varia et multiplici suspicione pressus esset, definitive absolvere atque ita in omne tempus futurum a suspicione, qua nunc gravatur, purgare velles, id quod efficeret, ut de

odem crimine iterum in eum inquiri non posset. Hoc modo judex non solum, sicut antecedente §. vidimus, contra animi sui ententiam et veritatem pronuntiaret sententiam, reum, cui quoninus puniretur jus tantum, non animi persuasio obstiterit, a criinatione ipsa absolvens, verum etiam ita semet ipsum quasi vinculis nplicaret. Immo in primarium et fundamentale processus criminalis rincipium „nullum delictum sine poena" peccaret, crimen quod fieri otuit, ut ab hoc reo perficeretur, et quod vel probabiliter ab eo erpetratum sit, in perpetuum judiciis subtrahens. Reipublicae ero salutem periclitari, si reus criminis cujusdam suspectus, sed on plena probatione convictus, omnino et a tota causa absolveretur, in vulgus fere est agnitum, maxime ex quo inquisitio per torenta et ex parte etiam purgatorium tanquam media eruendae eritatis aboleverunt. Quamquam varia sunt proposita, quibus deimentum illud resarciretur; huc pertinet praecipue poena extrardinaria, in Borussia vel legibus constituta. Sed non longa, puto, ous erit expositione, extraordinariam hanc poenam, id quod mnes viri docti recentiores agnoverunt, non minus esse illegitiam, quam non sufficientem rationique contrariam. Contra vero osolutio ab instantia prorsus illum finem assequitur, quippe quae eque insontem plus gravet, quam salus publica utique flagitat, eque rationis atque justitiae leges laedat, quod poena extraordiaria fieri patet.

Quae absolutioni ab instantia objecta et exprobrata sunt, infra ccuratius collustraturi, nunc alio capite absolutionem ab instantia gibus quoque niti demonstremus.

Caput Secundum.

bsolutionem ab instantia jure et legibus niti, historia probatur [1].

§. 7.

Quid jus Romanum in universum judicet de absolutione ab instantia.

Crimina atque delicta apud Romanos ita persequi soliti sunt, t aut rei vel poenae persequendae causa comparatas actiones, vel

1) Quod hanc partem, quae in exponenda absolutionis ab instantia historia versatur, fusius tractavi, facile puto excusari, quum nihil fere de hac re scriptum sit. Multa quidem disseruit Ch. Fr. Harpprecht

mixtas laeso concederent, aut cuilibet ex civibus permitterent poenae publicae persequendae causa reum accusare. Processus igitur quoad crimina fuit quem vocamus accusatorius.

Plane autem alia ratio est processus inquisitorii qualis nostra aetate viget, quum ipsa respublica crimina persequatur, ut, leges ne laedantur, impediatur, aut ut puniantur qui leges laeserint. Processus accusatorius apud Romanos, si juramentum delatum et necessarium exceperis, totus est formatus et excultus ad processus civilis normam. Duae inter se certabant partes, quarum testimonia accurate erant judici excutienda et examinanda. In processu vero inquisitorio judex etiam accusatoris personam suscipit estque ejus, quid verum sit, quocunque modo potest, explorare, ut utrum culpa reus teneatur nec ne perspiciat. Quantopere processus accusatorius differat a processu inquisitorio, non modo apparet e diversa probandi ratione, sed etiam judicis demonstrant sententiae. In processu accusatorio condemnat judex aut absolvit *prout actor rem suam agit;* eadem est ratio causae civilis.

Ex hac lege non dubium est, quin apud Romanos criminales causae judicatae sint; idque negare, ut eam, quae apud nos vigeat, absolutionem ab instantia Romani juris criminalis niti fundamento, ostendatur, absonum esse puto. Illam, quam protuli sententiam, omnes confirmant, quos de hac re ex antiquitate servatos habemus, loci:

„*Qui accusare volunt, probationes habere debent. Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit* [1]).

„*Sed non utique qui non probat quod intendit, protinus calumniari videtur*; *nam ejus rei inquisitio arbitrio cognoscentis*

---

de absolutione ab instantia apud Hebraeos, quae autem de absolutione ab instantia apud Romanos protulit, nullius fere pretii sunt, quum et absolutionem ab instantia in criminalibus cum absolutione ab inst. in civilibus prorsus confuderit et ampliationis Romanae vim atque ingenium mente non perceperit. Quomodo autem absolutio nostra in Germanorum jure et moribus conformata sit, neque Harpprecht explicat, neque alius quisquam. Quin etiam Biener in praeclaro illo libro de processu inquisitorio absolutionis ab instantia mentionem non facit. Tittmann in historia legum poenalium apud Germanos non magis absolut. ab instantia attingit quam Henke et Malblank.

1) L. 4. C. de edendo (II. 1.).

committitur, qui r e o a b s o l u t o *de accusatoris incepit consilio quaerere, qua mente ductus ad accusationem processerit* [1]).

„*Iisdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet Praeses pati eundem iterum accusari et ita divus Pius Salvio Valenti rescripsit. Sed hoc utrum ab eodem, an nec ab alio accusari possit? videndum est. Et putem quoniam res inter alios judicatae aliis non praejudicant, si is, qui nunc accusator extitit, suum dolorem persequatur doceatque ignorasse se accusationem ab alio institutam, magna ex causa admitti eum ad accusationem debere* [2]).

Sed neutra regula est sine ulla exceptione. Occurrunt enim exceptiones, quae etsi abhorreant a natura juridica nostrae absolutionis ab instantia, magnam tamen causarum et effectus ratione ejus habent similitudinem.

Alterius regulae exceptio admittebatur *in ampliatione*, cujus vis erat, ut reus, etsi accusator crimen non probasset, non absolveretur, sed differretur judicium, et quidem ideo, quoniam reus esset homo nocentissimus, qui in summam cecidisset suspicionem. Quam ampliationem fusius tractabimus sequenti paragrapho.

Alterius regulae exceptionibus, praeter eas, quae inveniuntur in Leg. 7. §. 2. D. de accus. [quae autem rectius adnumerantur iis causis, quae denuo aguntur, quum prior agendi ratio irrita fuerit et quidem ob praevaricationem], locus erat in abolitione Romana, de qua postea accuratius disseremus.

§. 8.

De ampliatione apud Romanos [3]).

Ampliare (ἀναβάλλεσθαι) significat interloqui, seu sententiam differre. Reus ampliari dicebatur, quum causa judicio non satis erat probata; differebant sententiam, quum nesciebant, quid esset statuendum et pronuntiabant, causam denuo esse dicendam.

Illustrat hanc rem Cicero pro Clientio Avito Cap. XXVIII. „Denique", inquit, „homines sapientes ex vetere illa judiciorum disciplina, qui neque absolvere hominem nocentissimum possent,

---

1) L. 1. §. 3. D. ad Sct. Turpil. (48. 16.)
2) L. 7. §. 2. D. de accus. (48. 2.) Vid. L. 3. §. 1. D. de praev. (47. 15.) L. 4. §. ult. D. ad Leg. Jul. de adulteriis.
3) Vid. Erhard de ampliationibus jud. publ. apud Romanos. Lipsiae 1793.

neque eum, de quo orta esset suspicio, re illa incognita, pecunia oppugnatum condemnare primo vellent, ***non liquere*** dixerunt."

Idem in Verrem Lib. I. Cap. XXIX. „Tanta vis istius injuriae, tanta in isto improbitas putabatur, ut de Philodamo *amplius* pronuntiaretur;" et ibidem Cap. IX. „verum ut opinor Glaucia primus tulit ut comperendinaretur reus: antea vel judicari primo poterat, vel amplius pronuntiari."

Et ibi Asconius: „ante legem Glauciam de comperendinatione aut statim sententia dicebatur, si absolvendus esset reus, aut amplius pronuntiabatur, si videretur esse damnandus, cum dixissent judices, ***non liquet***, hoc est obscura causa est. In ampliationibus et aliis causis majoribus universi judices in cistam tabellas simul conjiciebant suas, easque insculptas literas habentes A. absolutionis, C. condemnationis, N. L. ampliationis: his enim literis significabant non liquere."

Adde quod Cicero pro Caecina C. X. dicit: „Venisse in consilium publicae quaestionis cum ejus consilii judex non esset, et in eo consilio cum causam non audisset et potestas esset ampliandi dixisse, sibi liquere. Dum incognita re judicare voluissent, maluissent condemnare quam absolvere."

Quam ad sententiam accedit Erhardus l. c. [1]). „Ex omnibus vero, inquit, quae a veteribus hac de re traduntur, certissime constat indicari vocabulo ampliari decretum ejus magistratus, qui judicio praeesset, de causa accuratius cognoscenda tum pronuntiari solitum, quum judices eandem ipsis neque ad absolvendum neque ad condemnandum reum satis claram et exploratam videri significassent."

Quid igitur ampliata causa litigiatoribus erat faciendum? Scilicet ab accusatore crimina uberius exponenda, testes aut novi adducendi, aut iterum examinandi et cum reo committendi, a reo vero, si modo fieri id posset, quae ad ipsum exculpandum essent idonea, erant proferenda, augenda et confirmanda. Alioque defensore, quam qui prima in actione esset adhibitus, uti licuisse reo, auctor est Cicero de clar. Orat. XXII.

Perorata iterum causa, missisque judicibus denuo in conciliis, aut rursus causa ampliata, aut absolutus aut condemnatus est reus.

Causam vero pluries ampliatam, tandem definitiva sententia fuisse decisam, legimus ap. Livium Lib. XLIII. Cap. II. qui M. Ti-

---

1) Erhard l. c. pag. 8.

tinium bis ampliatum tertio absolutum, et ap. Val. Maximum VIII, 1, 11, qui causam L. Cottae septies ampliatam, octavo judicio absolutam fuisse narrat.

„Neque vero existimandum", inquit MATTHAEUS in libr. de criminibus ad Lib. XLVIII. D. Tit. XVI. Cap. II. §. 3, „inter ampliationem causae et absolutionem ab instantia nihil interesse. Etenim cum ampliatur causa, eadem instantia, idem judicium manet: cum ab instantia absolvitur nova instantia opus est. Ampliata causa, reus qui e vinculis causam dixit, in vinculis manet: facta absolutione ab instantia solvitur interim reus vinculis, atque abire potest quo libet (?). Ampliata causa inter primam et sequentes actiones non ita magnum temporis intervallum intercedit: absoluto reo ab instantia etiam multorum saepe annorum curricula intercedunt."

Sed prorsus non intellexit V. D. D. MATTHAEUS, quodnam intercedat discrimen inter ampliationem et absolutionem ab instantia. Ampliata enim causa differebatur judicium et judex pronuntiabat, rem non posse dijudicari ita ut causa ne pro praesenti quidem statu ad finem produceretur, sed eo majore studio in ea agenda pergeretur. Nostra autem absolutio ab instantia est sententia definitiva qua reus ab *inquisitione* (pro praesenti statu causae) *absolvitur*. Huc accedit quod in ampliatione[1]) judici erat jurejurando affirmandum, rem sibi non liquere.

Cum iis, quae hac de re dixi, bene congruit Ulpiani locus, L. 13. §. 4. D. de recept. qui arb. (IV. 8.) „proinde, si forte urgeatur a praetore ad sententiam, aequissimum erit, si juret, sibi de causa nondum liquere, spatium ei ad pronuntiandum dari."

Etsi igitur ampliatio et absolutio nostra quoad naturam valde discrepent, similitudinem tamen quandam habent, et quidem in eo maxime, quod similibus causis simile quid efficitur. Illa autem duriorem reo sortem parabat, quum e custodia non emitteretur.

In ampliatione haud dubie reperiri possunt vestigia processus inquisitorii, quae antiquissimis jam temporibus irrepserunt in processum accusatorium, quamvis ab ejus natura et indole aliena sint. Certum est, ampliationem fuisse exceptionem illius regulae, quae actore non probante reum absolvi jubet; ubi enim accusator rem suam probavit, nullam judices habere poterant dubitationem, ubi non probavit accusator, reus absolvendus erat. Sed jam Romani, sensu ducti naturali, multum aberat, ut hominem nocentissimum,

---

1) GELLIUS Noctes Atticae Lib. XIV. Cap. 2.

petere eundem non licet, nisi principis nutu: alii licet [1]). Licet etiam alii repetere reum, cujus nomen morte accusatoris abolitum est [2]).

Romanorum igitur abolitio valde differt a nostra abolitione, quae prope accedit ad Romanorum restitutionem ex indulgentia principis. Nostra enim abolitio est exemtio rei a processu criminali, priusquam sententiis finitus sit; continet legis exceptionem, semper igitur a principe impetranda est; effectus ejus est, ut criminalis cognitio delicti sublata et exclusa sit in perpetuum [3]).

Sed multa sunt in Romanorum abolitione, quae congruant cum nostra absolutione ab instantia. Primum enim non a crimine reus ea absolvebatur, sed ab accusatione, cui abolitioni, si eam transferas, ut ita dicam, in processum inquisitorium, nullum nisi absolutionis ab instantia nomen tribueris. Deinde reum iterum accusare licebat, qua in re ita tamen differebat Romanorum abolitio ab absolutione ab instantia, ut in abolitione publica perexiguae tantum dies, quibus accusationem repeti liceret, constituerentur, in privata autem principis auctoritatem accedere oporteret. Quae tamen discrepantia locum non habebat, ubi abolitio facta erat propter accusatoris mortem. Romanorum igitur abolitionis effectus esse poterant plane iidem, quos habet absolutio ab instantia, quatenus pertinet ad *jus criminale*, sed caussae abolitionis plane aliae sunt, quam absolutionis ab instantia.

De tertio abolitionis genere, quod quoad effectus absolutioni ab instantia valde simile sit, quoad causas plane ab ea differat, congruat autem cum ea Romanorum absolutione ab instantia, quae ad jus civile spectet, disputat Matthaeus [4]). „Tempus legitimum dicit, quo accusatio tollitur, est biennium, intra quod si reus peractus non fuerit, absolvitur. (Distinguit tamen hac parte Cujacius, utrum reus ex vinculis causam dicat, an solutus; si ex vinculis causam dicat, annus, inquit, observandus est, sin solutus, biennium, arg. L. ult. C. de cust. reor. et Leg. ult. C.

1) L. 1. C. de abol. (9. 37.). L. 4. D. ad SC. Turp. (48. 16.). L. 3. C. eod. (9. 42.). L. 11. §. ult. D. de accus. (48. 2.).

2) L. 3. §. ult. D. de accus. (48. 2.). Matthaeus de criminibus. Tit. quibus mod. accus. tollitur Cap. VI.

3) Meister princ. jur. crim. §. 470.

4) Matthaeus l. c. tit. XIX. Cap. VI. §. 5.

ut intr. cert. temp. crim. quaest. term. Verum cum adducta L. ult. C. de cust. reo. sit ex Graecis constitutionibus deperditis, quae, licet ex basilicis opera doctorum virorum restitutae, auctoritatem juris in foro non obtinent: idcirco cum communi schola malim absque distinctione dicere, biennium legitimum accusationis finem atque terminum esse.). Caeterum verbum *absolvitur*, interpretor cum glossographis, *absolvitur ab instantia, non a crimine.* Nam et civili judicio cum disceptatio protracta est, ultra triennium, instantia perit actori non causa. L. 12. §. 2 — 3. C. 3. 1. l. 4. Hactenus MATTHAEUS.

Quarta abolitionis species, cujus MATTHAEUS mentionem non facit quaeque in accusatorio tantum processu locum habere poterat, memoratur in L. 3. §. 1. D. de accusat.

„Quodsi libelli inscriptionum legitime ordinati non fuerint, rei nomen aboletur et ex integro repetendi reum potestas fiet."

Quae abolitionis species, quamvis prorsus eadem sit cum nostra absolutione ab instantia in civilibus, neutiquam tamen cum absolutione ab instantia quae fit probatione non peracta, debet confundi.

Qui igitur absolutionis ab instantia quinam sint effectus, accurate perpenderit, et animadverterit, eam quoque potestatem cuique concedere, ejusdem criminis denuo in reum inquirendi, facile in eam pervenerit opinionem, Romanorum abolitionem et nostram absolutionem ab instantia plane non differre. Si autem rationes et causas contuleris, quibus nostra aetate efficiatur, ut accusatus ab instantia absolvatur, cum iis, ex quibus apud Romanos rei nomen aboleretur, maximum videbis inter absolutionem ab instantia et abolitionem intercedere discrimen.

Itaque Romanorum neque abolitioni neque ampliationi nostri juris absolutionem ab instantia inesse concedi potest.

Sin autem naturam et indolem Romanae ampliationis et abolitionis consideraveris, magnam esse intelliges earum cum absolutione ab instantia similitudinem; et etiamsi nostra absolutio ab instantia prorsus aliena esse videtur a causae civilis ratione, a processus tamen criminalis natura non aliena est, quum Romani eadem coacti necessitate eandem inierint viam. Cur autem ampliatio differat ab nostra absolutione rebus sic stantibus, ex discrimine, quod inter processum inquisitorium et accusatorium intercedit, clare elucet.

Sed priusquam exponamus, quomodo absolutio ab instantia in processum inquisitorium transierit, et a Germanorum legibus ac

moribus recepta sit atque probata, paucis jus Germanicum antiquius attingamus.

§. 10.

Jus Germanicum antiquius.

Antiquissima Germanorum judicia, quae aut extraordinaria erant (*gebotene Dinge*), aut ordinaria (*ungebotene Dinge*) sub divo habebantur et a Comitibus (Grafionibus) aut missis regiis regebantur.

Rachimburgii (Sagobarones, Scabini) in iis sententiam proferebant. Judicium poenale admitti non solebat, nisi quis accusatus esset; sed antiquissimis jam temporibus, vestigia erant processus inquisitorii, qui ex officio celeratus esset [1]).

Quod ad probandi rationem attinet, omnia genera argumentorum adhibebantur [2]), maxime autem juramentum purgatorium, ad quod non modo accusati adigebantur sed etiam juratores (conjuratores, compurgatores, consacramentales), quorum numerus secundum criminum genera constitutus erat, ita ut nonnunquam septuaginta duo necessarii essent juratores [3]). Si accusatus postulatum conjuratorum numerum sistere non posset, ordalium locum habebat [4]).

Itaque jus Germanorum antiquissimum non permittebat, ut ulla judicis de accusati culpa relinqueretur dubitatio, quae sola est justa absolutionis ab instantia causa. Postea (saeculi decimi tempore) juramentum purgatorium et ordalium sola probationum genera supererant, unde facillime patet, absolutionem ab instantia iis temporibus locum propterea habere non potuisse, quia nulla causa indecisa relinquebatur, sed vel duello, vel aqua frigida, vel ferro candenti, vel sorte, vel eucharistica sacra, vel purgatorio juramento finiebatur. In judiciis Vemicis juramenta tanquam pro ludo quodam erant, ita ut actor et accusatus conjuratorum numero se invicem superare studerent, itaque etiam in his nulla vestigia absolutionis ab instantia.

---

1) Leg. Wisigothor. Lib. VI. tit. V. cap. 14. „Si homicidium nullus accusat, judex mox fit facti crimen agnovit, licentiam habet corripere criminosum, ut poenam reus excipiat, quam meretur.

2) Tittmann Gesch. deut. Strafgesetze p. 48.

3) Leg. Ripuar. tit. XVIII. Cap. 1.

4) Lex Salica tit. LVI. Leg. Ripuar. tit. XXXI. Cap. 5.

Jure canonico antiquiore, propter antiquos, ut verisimile est, Germanorum mores, in processum criminalem institutum est inductum, quod Romanis in criminalibus causis prorsus erat ignotum, *jusjurandum* nempe *purgatorium.* Reus enim, etsi accusator rem suam non plane probasset, juramento se purgare debebat [1]).

Si reus juramentum purgatorium recusaret, puniendus erat, ut convictus [2]), qui autem juramento se purgasset, absolvebatur.

Eodem modo infamatus, etiam si, civitate postulante, accusator non adesset, se purgare debebat. Litterae Caroli magni ad Episcopos datae [3]) id continent praescriptum: ut episcopus, qui collegis aut plebi sit in suspicione, etiamsi accusator rem suam non probaverit, conjuratorum se purget juramentis, id quod ipse Leo pontifex maximus fecerit.

Innocentii III. autem opera, et inducto processu inquisitorio, juramenti purgatorii natura prorsus alia facta est, quum non amplius id, quod apud Germanos fuisset in more, accusatis concederetur *potestas*, *juramentum purgatorium jure postulandi*, et a causa se liberandi, sed etsi accusator non pleno rem suam probasset, inquisitio tamen ex officio locum haberet, et nisi irrita haec fuisset, juramenti purgatorii auxilio non opus esset [4]). Hoc juramenti pur-

§. 12.
Glossatores, Canonistae et Practici Italici.

Nomina „*absolutio ab observatione judicis*" etiam in crimi- ıalibus jam mature occurrunt, vel apud JASONEM et ALEXAN- ›RUM jam de absolutione ab obser. jud. disputatur, utrum sit ea entenlia definitiva, an interlocutoria. Veruntamen neque ea est ıuae apud nos ita dicitur absolutio ab instantia propter argumenta ıon allata, neque Romanorum ampliatio, sed et JASON et ALEX- ıNDER ad leg. proper. §. et si quidem C. de jud. (L. 13. §. 2. C. II. 1.) nonnisi de modo ac ratione Romanis abolitionis disserunt, uae accusatione legitimo bienni termino non peracta, fiebat. Si ecentiores ALEXANDRUM laudant propter ampliationem, quum ihil ab accusatore probatum est, locum habituram, immerito ıudant [1]).

BARTOLDUS et ANGELUS UBALDUS nomine absolutione ab ob- erv. jud. eam Romanorum abolitionem memorant, quae si libellus ıeptus sit, adhibeatur. BARTOLDUS ad leg. Titia D. de acc. (L. 8. D. 48. 2.) „*Titia*, dicit, *accusavit aliquem, quod testamen- ım falscificaverit fratris, et quia libellus non fuit bene con- eptus fuit absolutus ab observatione judicii.*" — ANGE- ıUS UBALDUS ad Leg. 3. §. 1. D. de accus. „*ubi libellus est in- ptus nomen rei debet aboleri pronuntiando intentionem ineptam el absolvendo reum ab observatione judicii.*"

Attamen jam sub finem decimi quinti et initio decimi sexti aeculi a pragmaticis Italicis hodiernus absolutionis ab inst. usus in- enitur. Quomodo ea in rerum criminalium quaestionem invase- it, ex historia non videtur esse demonstrandum; originem fortasse uxit ex medium quoddam inter absolutionem et damnationem in- eniendi studio, magis magisque crescente causa inquisitoria nato, um Romana ampliatio et abolitio et nomen absolutionis ab obser. ud. eam ut legibus quoque fultum proponebant. —

Sic AEGIDIUS BOSSIUS absolutionis ab instantia mentionem facit ı tract. suo crimin. Tit. de sent. Nr. 64 — 69. dicens: „*Absolu- us igitur ea sententia, ut dixi, non debet amplius molestari pro*

---

1) MASCARDIUS de prob. con. 36. nr. 59. „intellige hanc ampliationem procedere, si actor nihil penitus probaverit, quia tunc reus absolvitur tantum ab observatione judicii et non definitive, ut traditum est ab Alexand. l. c."

... accusat. ubi omnino *vide, et unam declarationem habes ex materia immediate praecedenti, quando simpliciter est dimissus e carceribus, quia adhuc supervenientibus indiciis potest molestari, quod multo magis procedit, quando judex expresse interloquitur eum dimittendo rebus stantibus prout stant, prout hic Mediolani et in universo dominio fieri semper consueverit, nisi quando clare constat de innocentia rei, quia tunc absolvitur definitive. De jure tamen accusatus accusatore non probante deberet absolvi diffinitive text. est in L. qui accus. C. de edendo. Si tamen judex habet indicia contra reum vehementia, licet tortus noluerit fateri, non debet eum absolvere, sed debet dari abolitio, hoc est circumduci processus, vel absolvi in prima instantia. ita Sal. in leg. ea quidem C. de accus. et in leg. si qui adulteri C. de adult."* —

Hippolytus de Marsiliis novit quidem Romanam ampliationem neque tamen absolutionem ab observatione judicii eam vocat; nam dum de hac loquitur, ubi libellus ineptus erat, eam, ubi de ampliatione sermo est, non memorat. „*Quaeri modo potest*, dicit [1]), *pone quod reus vel cum tortura, vel cum testibus purgavit omnia indicia contra eum existentia, et similiter purgavit secunda indicia, per quae in eum fuit rene-*

lem reum: alias elapsa tali dilatione si non fuerit aliquid de novo adductum vel probatum, ipsum relaxabit, ita dicit Angl. de Aret. in Tract. malef. in verb. fama pub. in ult. colum." 1).

Copiosissime tamen rem nostram tractatam invenimus a JULIO CLARO. In sentent. recept. lib. quinto Quaest. 57. Nr. 3. dicit: *„Si reus fuerit absolutus eo, quia crimen commissum non fuerit, non potest amplius criminaliter accusari. Sed si esset absolutus eo quia probatum non fuisset, tunc utique possit iterum accusari. Hoc in Ducatu stylus est, quod quando quis absolvitur eo, quia crimen non commisit, fertur sententia absolutoria simpliciter et definitive, ubi vero absolvitur eo quia crimen non probatum, semper apponitur clausula: stantibus rebus, prout stant: et hoc secundo casu, quandocunque superveniant nova indicia semper proceditur: sed quando est simplex absolutoria non potest amplius procedi."*

Quaest. 62. Nr. 1 — 4. idem dicit: *„ubi nihil ulterius superest ad agendum, tam ex parte accusatoris quam ex parte accusati, tunc debet judex diligenter considerare processum tam offensivum quam defensivum, et recte trutina perpendere, quid ex ipso processu resultet, et quae, et qualia contra reum extent indicia seu probationes et per ejus defensiones elisae non fuerint. Si tamen reus ex iis plene est convictus, vel confessus, debet condemnari, si semiplena tantum resultat contra eum probatio, est torturae subjiciendus. Si vero nec semiplena est convictus, tunc tanquam deficiente probatione est absolvendus. Forma autem absolutionis, quae in hoc Ducatu servatur, est quod si quidem reus probat innocentiam suam aliter quam per torturam, absolvitur definitive, nec potest deinde contra eum ex causa procedi, etiamsi nova indicia supervenerint. Si vero non probat ipse suam innocentiam nisi per torturam, vel si non adsunt indicia sufficientia ad torquendum, vel ad imponendam aliquam poenam extraordinariam, tunc absolvitur quidem, non tamen diffinitive sed stantibus rebus, prout stant. Et hoc casu, si deinde superveniant nova indicia de novo contra eum proceditur non obstante tali sententia. Et haec etiam practica observatur in Hispania ut refert Didac. Lib. I. resolut. Cap. 1. post num. 8. Idem etiam in Gallia observari attestatur Igneus in repet. §. non alias, post num. 180; et Rebuff. in prooem. const. Franciae gl. 5. n. 118. Repe-*

1) Cf. §. secunda quaestio Nr. 87. pag. 371. Ed. cit.

rio tamen, quod Caravita super ritu magnae curiae 248. *num.* 18. *dicit, communiter observari, quod hoc casu inquisitus praestet fideijussoris de stando juri, et se praesentando toties, quoties fuerit requisitus. Sed hoc apud nos non servatur, nisi Senatus, cui fiunt relationes causarum criminalium, id expresse jubeat.*"

Cum Julius Clarus hanc rem tam copiose tractaverit, plura hic adjicere superfluum est. Tantummodo igitur, quae Prosper Farinacius (L. I. Tit. 25. Quaest. 4. nr. 28.) de materia nostra, cui totum caput dicavit, dicit, adjicere liceat. „*Absolutio*, inquit, *tunc dicitur definitiva, quum reus absolvitur tanquam innocens, qui crimen non commisit. Verbum enim innocentiae denotat omnimodam impunitatem et caritatem criminis et doli. Absolutio autem ab observatione judicii, tunc dicitur, quum quis absolvitur non tantum innocens, sed tanquam non rejectus culpabilis et hactenus deductis et stantibus rebus, prout stant.*"

Sigmundus Scaccia in tractatu de sententia et de re judicata Gloss. 14. Quaest. 7. N. 36. dicit: „*tertia regula est, ut, si judex non possit absolvere neque condemnare diffinitive juxta duas praecedentes regulas, tunc absolvat ab observatione judicii.*"

Hoc igitur certo nobis contendi posse videtur, absolutionem ab instantia, ineunte decimo sexto saeculo Mediolani, Romae et fere in tota Italia (vid. Guido Saccia de judiciis L. 1. C. 95. Nr. 2 - 9. — et Decisiones rotae Luccensis Dec. 58. pag. m. 185. Edit. Spirae a. 1599.), Hispania et Gallia in processu accusatorio tunc etiam occurrisse, si accusator quidem crimen non probaverat, sed reus a suspicione non plane liberatus erat. Qui recessus a jure Romano, quod quidem in obscuris et confusis rebus sententiam differri statuebat, sed plerumque si accusator non plane probaverat, definitive reum absolvebat, nisi lucide ostendi, tamen perbene explicari potest ex eo, quod rationes inquisitoriae etiam cum processu accusatorio coëant, et praesertim eo, quod judici nunc liberior concedatur agendi potestas.

§. 13.
Constitutio criminalis Caroli V.

Jus Germanicum antiquius, cujus §. 10. mentionem fecimus, ineunte decimo sexto saeculo magis magisque jure Romano et Canonico abolitum est. Sed quum Romanorum jus criminale non adeo ac

jus civile elaboratum esset, mox Germani proprias leges constituere necessarium esse intelligebant; et ita ex privato Comitis Schwarzenbergii labore constitutio criminalis Caroli V. orta est. Magnam vero vim in opus a Schwarzenbergio elaboratum, et Bambergense dictum, commune jus Romanorum exercuit. Utrum vero jam ante Bambergensem et Carolinam, ut de Italia, Hispania et Gallia traditur, absolutio ab observatione judicii sive rebus sic stantibus, usu forensi an consuetudine, in Germaniam inducta sit, de hac re, quamvis omnia diligentissime perscrutatus sim, nihil invenire potui, quod facile etiam explicari potest, quum demum Romanorum jure invadente Germanorum Docti crebriores existant. Quod tamen a veritate non abhorret, quum praxis Italica, praecipue hoc tempore, tam magnam in Germanorum fori usum exseruerit vim, et hoc modo propemodum totus processus civilis ex Italicis judiciis in Germaniam translatus sit.

Tantummodo igitur quaeritur, quae Bambergensis et serius Carolina constituerit.

Articulus CXX. Bambergensis, ita ut sequitur, sese habet:

„So der beclagt mit recht ledig erkant würd." „Item würdt aber der beclagt mit urteyl und recht ledig erkant, mit was mass das geschee, und die urteyl anzeigen würd, dem solt (wie sich gebürt) auch gevolgt und nachgegangen werden, aber des abtrags halb, so der cleger begern würt, sollen die teyl alsdann zu endtlichen Burgerlichen rechten für unnser Hoffrete verpflicht werden, wie sunst in diser unser ordnung mere gemelt ist. Die form diser urteyl würd hernach in dem ccxxiiij. *Artickel funden."*

Articuli ccxxvj autem verba haec sunt:

„Auff die clage, so C. halben von wegen A. wider B. so entgegen vor diesem Gericht steet, geschehen ist, auch des beclagten antwort, unnd alles nottürfftig jnbringen gründig fleissige erfarung und erfindung, so alles nach laut und jnhalt meyns gnedigen Herrn von Bambergs rechtmessige Reformacion deshalb geschehn ist, derselbig gemeldt beclagt mit endtlicher urtheil und rechten, von aller peinlicher straff ledig erkant, und was fürter die partheyen scheden oder abtragss halb gegen einander zu clagen vermeinen, das söllen sie nach ausweisunq obgemeldter Reformacion mit endlichen Burgerlichen rechten vor meyns gnedigen Herrn von Bambergs Hofreten ausstragen."

Constitutio crim. Caroli V. in Art. XCIX. in omnibus Bam-

BERGENSEM sequitur. Articulus CCI contra pluribus auctus est et ita audit:

„Auff die klag, so C. halben von wegen A. wider B. so zugegen vor diesem Gericht steht, geschehen ist, auch des beklagten antwurt und alles nottürfftig einbringen grundige fleissige erfahrung und erfindung, so alles nach laut Keyser Karls des funfften und des Reichs Ordnung desshalb geschehen, ist derselbig gemelt beklagt, mit entlicher urtheyl und recht von aller peinlichen straff ledig erkant, es wer dann sach, das der ankläger seiner klag rechtmessig ursach gehabt, dadurch der Richter bewegt werden möcht, die kosten und schäden auss redtlichen gegründten rechtlichen ursachen zu compensiren und zu vergleichen. Und was fürter die partheien schaden oder abtrags halb" — et sic porro.

Ex omnibus facile elucet, omnia in verborum interpretatione posita esse *„mit was mass das geschee."* His verbis autem magnam infuisse vim, ex eo videre jam licet, quod non solum C. C. C. in verbis his laudatis BAMBERGENSEM sequatur, et GEORGII FRIDERICI Marchionis Brandenburgensis constitutio criminalis (in Art. CXXj.) eadem etiam verba iterat, sed quod verba modo citata etiam in Constitutione Criminali Hassiae anni MDXXXV, Art. XC. invenimus.

Primo si simplicem verborum significationem retineamus, tunc nullo modo verba: *würd aber der beklagt mit urtheyl und recht ledig erkennt, mit was mass das gescheh und die urtheyl anzeigen würd"* — alium habere possunt sensum quam hunc: si reus jure absolvatur, *quo modo* hoc fiat et sententia pronunciet. Hoc igitur, ut illucescit, de duplici sententiae absolutoriae genere dicitur, et sine dubio de absolutione definitiva, tanquam absolutioni ab instantia opposita cogitandum est.

Huic vero contradicere videtur, quod articulus CCXXVI. et Art. CCI. Carolinae juxta formulam absolutionis definitivae absolutoriae non etiam formulam absolutionis ab instantia contineant. Sed si totum ordinem imperfectum esse consideramus, patet ex silentio hoc multum hic conjici non posse. Praeterea etiam verba: *„es wer dann sach, das der anklager seiner klag rechtmessig ursach gehabt, dadurch der Richter bewegt werden möcht, die kosten und scheden auf redlichen gegründten rechtlichen Ursachen zu compensiren und zu vergleichen"* ad id referri possunt, ubi reus tantum ab instantia absolvitur. Nullo modo enim causa adest, verba *„„das der Klager seiner klag rechtmessig ursach gehabt""*

ad id tantummodo referre, ubi reus superatis tormentis absolutus est. Quae sententia eo insuper firmatur, quod verba modo laudata in BAMBERGENSI desunt, et in C. C. C. demum adjecta sunt.

§. 11.

Carolina et scriptores saeculi decimi sexti.

De arcto, quod inter juris criminalis peritos saeculi XVI. et Carolinam intercedit, vinculo nuperrime WAECHTER V. D. sollerter et accurate exposuit [1]. Iis quoque nostram absolutionem ab instantia plus minus cognitam fuisse videmus. PERNEDER quidem, licet nostrae absolutionis mentionem non faciat, tamen genuinam Romanorum ampliationem cognitam habet; nam in ejus Constitutionis Criminalis titulo V. Art. IX. haec leguntur: *„So der Verdacht gar vertheylt were, und ein newer Zweifel fürfiele."*

Item ob gleich der Gefangene die That, dero er in Verdacht gestanden, bekannt, oder derselben durch Zeugen oder in andern Weg überwiesen, und deshalber darauff endlich beschlossen, oder er der Gefangene darüber gar vervrthylt worden were. Jedoch wo sich nach solchem allen, durch glaublichen Schein oder Anzeigen erfinden wurde, dass der Verurtheylt der That unschuldig seyn möchte, so soll alsdann, obgleich ein Zweyffel inn Sachen were, die ***Execution und Vollziehung angeregter Vervrtheylung dennoch eingestellt****, und die Handlung von neven erortert, auch des Verurthylten Grund und Behelff, unangesehn ob er gleich selbst darvor ein widerwertige Bekantnuss gethan, vnnd dieselbige mit dem Eyd bestät hatte, mit geburender Erkantnuss zugelassen werden. Haec omnia ad longum recensentur et probantur per D. HYPPOL. DE MARS. in L. 1. §. ad quaestionem usque in finem legis a folio mihi 9 usque ad folium* 53 ff. *de quaestion.*"

In libri: *Spiegel der Rechten aus Naturlichen, den Beschriebenen Geistlichen Weltlichen und andern gebräuchlichen Rechten u. s. w. durch den Hochgelehrten Herrn* JUST. GOBLERN 1573" parte VIII sub fin. extat Art. 201 Carolinae initium ad verba expressum sub titulo: *„Form der Vrtheyl so einer ledig erkandt ist."* Idem ex Carolina est in: *Gerichtlicher Process Aus Geschriebenen Rechten und nach Gemeinen in Heytigen Rechten Teutscher*

---

1) Archiv des Criminalrechts, Neue Folge Jahrg. 1836. Erstes Stück.

processu inquisitorio in judices redundante prodiisse innuant, partim vero etiam de processu civilis analogia significent.

Sed RAUCHDORN quoque non ignorasse videtur absolutionem ab instantia, in:

„*Practicae und Process peinlicher Halsgerichtsordnung aus Keyserlichen, Geistlichen, Weltlichen und Sächsischen Rechten; allen Gerichtspersonen fast nutzlich mit ganzem Fleis und in vier Theil verfasst und in Truk verordnet durch Mag. H. Rauchdorn Bundissin a. MDCXIII*" partis III. caput 31 sic audit:

„*Würde der Beschuldigte mit Urtheil Recht ledig erkenndt, so soll inhalts des Urthels gebaret, und der Gerichtskosten halber wie oben gemeldet bürgerlicher Process fürgenommen werden.*" Verba enim: „*so soll inhalts des Urthels gebaret werden*" in hac conjunctione logice vix aliter exponi possint, quam si fieri posse cogitamus, ut judicem et absolutionem definitivam et interimisticam statuat. Ceterum hoc ipsum etiam caput probat, quod WAECHTER V. D. l. c. jam abunde contra BIENERUM, HENKE et MALBLANK evicit, RAUCHDORNIUM Carolinam bene cognitam habuisse et in usum convertisse, quippe cum caput hoc nonnisi excerptum sit Carolinae Art. 99.

Apud SAWRN contra nonnulla, maximi momenti praejudicia, nobis investigantibus, invenire contigit.

„*In Peinlicher Rechtfertigung Hessischen Fiscals, Ankläger an einem, entgegen N. N. Beklagten andertheils, erkennen Richter und Schöpfen dieses hohen Peinlichen Halsgerichts, auf angebrachte Anklage, und beschehene Litiscontestation, geführten Beweis und gethane Rechtssatz zu Recht dass Beklagter von diesem Gerichtsstande zu absolviren und auf caution des widereinstellens, und uns gewohnlich Urphed zu erlassen sey, wie dann ermeldete Richter und Schöpfen den Beklagten hiermit, also wie vorstehet absolviren und ledig sprechen von Rechtswegen.*" „*Public.* 29. *Augusti Anno* 1580."

„*In den peinlichen Sachen Fürstlich Hessischen Fiscals Anklägers an einem, wider N. N. Beklagten am andern Theil ist auff vorgebrachte Klage, erfolgte Litiscontestation, gegebene Antwort, gefuhrten Beweissthumb darwider beschehene Einrede und des Beklagten gethane Urgicht, auch alles anderes schriftliches und mundliches Vorbringen und beschehenen Rechtssatz, zu Recht*

auch caution des widereinstellens auf ferner fordern zu absolviren und zu erledigen sey, wie dann Richter und Schopfen den Beklagten hiermit absolviren und ledig sprechen von Rechtswegen[1]). *Publ.* 8. *Nov. Anno* 1585.

Haec praejudicia, annis quinquaginta quidem serius data, secundum meam sententiam plus auctoritatis quam omnes disputationes habent. Quod jus particulare tantum spectant, non obstat, praesertim quum Constitutio C. Hassiae cum Art. 99. C. C. C. verbotenus consentiat. Non vero solum rerum argumentum probat Carolinam jam absolutionem ab instantia novisse, sed etiam genus dicendi demonstrat, articulum Const. Cr. Hassiae nonagesimum, quinquaginta annis post, tanquam absolutionem ab instantia continentem agnitum esse a judicibus.

Ex omnibus his concludere possumus, et auctorem Bambergensis, et qui C. C. C. firmaverint, absolutionem ab instantia novisse, eamque etiam verbis, „*mit was Maas das geschehe*" legitime confirmasse. Hoc saltem minime negandum est, illos legum locos primis jam temporibus hoc sensu explicatos esse.

§. 15.

Historia absolutionis ab instantia ab initio saeculi XVII. usque ad nostram aetatem.

Quantopere vero praxis sibi absolutionem ab instantia usurpaverit, ex eo videmus, quod VV. DD. hujus temporis multum de ea certaverunt, quod ex MATTHAEO de crim. tit. XVII. c. II. apparet; ut hic ipse, postquam diu contra eorum sententiam, qui absolutionem ab instantia in jure Romano positam esse credunt, certavit, dicit: *„Nunc illud adnotemus, tametsi doctrina communis legalis et moribus Romanorum minime conveniat, hodiernis tamen temporibus non male quadrare. Etenim Romae delatores atque accusatores erant plurimi, per quos, dum aut saevitiae principum adreperent, aut praemia legibus definita, sectarentur, etiam innocentes multi circumveniebantur, ut necesse fuerit eorum improbitatem et multitudinem coërcere, legesque quasdam reis salutares constituere, inter quas et illa numerari potest, ut accusatore non probante reus absolvatur, etiamsi innocentiam non probaverit a crimine absolvatur. At hodie delatores rarissimi, innocentia secura, quin imo ne licet quidem plerisque locis privatis accusare, sed soli fisco: non mirum ergo, cum pleraque scelera defectu accusatoris impunita abeant, eo jure hodie nos uti, ut qui judicio oblatus fuerit, non aliter crimine absolvatur, nisi innocentiam demonstraverit."* —

Attamen serius sententiam, absolutionem ab instantia non discedere ab Romanorum ampliatione, invenimus, ita GRANZ dicit: *„inter absolutionem et damnationem veluti opposita datur tamen aliquod medium, nempe ratione intellectus et judicii, dubitatio; ratione executionis, ampliatio seu comperendinatio, dum quasi aequilibrio suspensa manet sententia, adeo, ut modi inveniri possint, quibus veritas detegatur, vel inter judices demum conveniat, reus a Judicio neutiquam liberatus esse videatur*[1]*)."*

Commentatores etiam Carolinae, nunc magis prodeuntes, absolutionis ab inst. tanquam in articulo 99 positae, mentionem faciunt. Brevis quidem mentio tantum in OTTONIS Corpore juris Criminalis CAROLI V. (Ulm 1685.) invenitur, accuratior contra explicatio legitur in DANIELIS CLASENII comment. in const. crimin. CAR. V. cura et studio AND. MINNER ann. MDCLXXXV. ubi ad Art. XCIX. dicitur: *„Duae sunt hujus articuli partes, quarum prima continet casum absolutionis, quando nimirum reus per sententiam absolvitur. Etenim si reus contra accusationem deduxit suam innocentiam, ita ut per sententiam absolvatur, tum eo*

1) GRANZII defensio inquisitorum Par. II. Memb. I. Sect. I.

am senten-
VESTZENEG-
unocens se-
e absolvere
o ex actis
altem de-
definitive
tur tan-
pliciter,
ı voca-

Quod
ı sci-
esti-
cet

un
ia

stantia in civilibus, quam in criminalibus. Omnimodo vero bene de tempore suo meritus est eo, quod, ut ipse dicit, eum sibi proposuit finem: „*ut quidem casuum singularium enumerationem omitteret, ejus autem loco omnino absolutionis ab instantia materiam ad certa capita redigere, fundamenta quando illa decernenda, determinare conatus sit.*" Quod inceptum partim jam eo irritum cadere debebat, quod regulas communes absolutioni ab instantia in civilibus et criminalibus invenire studuit, partim vero etiam eo, quod principium, in rei natura ipsa fundatum secutus non est, sed regulas, quas proponit, a rebus in praxi occurrentibus desumsit, ita ut eae neque plenae neque satis definitae sint. Huc accedit, quod Practicorum Italicorum sententia absolutioni ab instantia nullitates etiam adnumerat. Denique regulae ab eo propositae tempori nostro inutiles sunt, quia ob crebrum tormentorum, jurisjurandi purgatorii et poenarum extraordinariarum usum, absolutio ab instantia, alium quam nunc obtinebat locum, medium inter tormenta et jusjurandum purgatorium tenens. Hancce HARPPRECHTII commentationem, KLEINSCHROD in Commentationibus suis ex jure criminali petitis tom. I. commt. VI. plane propemodum secutus est, tantummodo absolutionem ab instantia in criminalibus ab absolutione ab instantia in civilibus distinguens, ordinemque certum inducens. Seriori tempore vero KLEINSCHROD sententiam suam mutavisse et confusionem absolutionis ab inst. cum nullitatibus abjecisse videtur. In praxi diversis locis modo crebrius, modo rarius ab instantia absolvebatur. Quantopere vero sub finem saeculi decimi octavi adhuc tormenta, jusjurandum purgatorium et poena extraordinaria partes absolutionis ab instantia susceperint, clarissime videre licet, si evolvimus: „*die rechtlichen Erkenntnisse und Gutachten in peinlichen Fällen, grösstentheils im Namen der Göttinger Juristen-Facultät ausgearbeitet von* CH. FR. GEORG MEISTER. *Theil* 1 — 5." Inter centum et quinquaginta decisiones unam tantummodo (centesimam decimam quintam scilicet) invenimus, ubi reus ab instantia absolutus est; contra quindecies purgatorium decretum est (in decis. 2. 3. 4. 17. 42. 47. 50. 56. 77. 79. 81. 112. 134. 135,). Quaterdecies tormenta decreta sunt (cf. Dec. 7. 12. 13. 54. 60. 75. 85. 93. 111. 117. 118. 127. 129. 134.).

Dum haec in Germania facta sunt, in Dania vicina lege quadam 11. Dec. 1758 jusjurandum purgatorium interdictum et judicem ejus loco absolutione ab instantia uti, constitutum est, quam legem 12. Decbr. 1770 alia secuta est, quae tormenta etiam abrogavit.

doctrina absolutionis ab instantia in eam speciem exculta est, qualem supra descripsimus. Leges particulares etiamsi, quod effectus attinet, inter se congruant, tamen quoad causas et conditiones, ob quas absolutio ab instantia locum habet, varie discedunt. Constitutio criminalis Theresiana, in artic. 39. §. 9. constituit: si neque tormenta, neque extraordinaria vel ordinaria poena decerni potest, inquisitio ad tempus suspendi debet. Codex criminalis vero Austriacus, tomo I. tit. XI. §. 427 et 428. absolutionem ab instantia eadem fere quam supra explicuimus ratione, constituit. Jus criminale Borussorum contra Tom. I. tit. 2. Abschn. VI. §. 409. absolutioni locum tantummodo inferiorem concedit, tum demum ab instantia absolvi jubens, si corpus delicti nullo modo investigari, et reus suspicionem contra se militantem amoliri non potuerit. Quae lex ex principio poenae extraordinariae, in Borussica legum latione injuste confirmato, originem ducit. Jus criminale Bavaricum Tomo II. Art. 353 seq. tria sententiarum absolutoriarum genera distinguit, reum vel omnino a crimine (*Unschuldserkenntniss*) vel simpliciter (*Erkenntniss als nicht schuldig*) vel ab instantia absolvi jubens. Commentarium ad hos legum locos scripsit KLEINSCHROD. in: *Neues Archiv für Criminalr. Band V. Ab. I.* Constitutio criminalis Ducatus Holsatici anni 1814 in art. 836 seq. accuratiores continet leges, quae in universum cum nostra sententia con-

Caput Tertium.

Argumenta adversariorum, contra absolutionem ab instantia prolata, refutantur.

§. 16.
Conspectus.

Controversia, utrum absolutio ab instantia in criminalibus locum habeat nec ne, non recentiori demum aetate orta est. Namque jam media aetate ALCIATUS, GOMESIUS, MATTHAEUS eam adhiberi non posse contenderunt, obnitentibus JULIO CLARO, FARINACIO, SCACCIA, GUAZZINO. Controversabantur autem maxime, utrum absolutio ab instantia jure Romano niteretur nec ne, id quod nostra parum refert.

Recentiore aetate MITTERMAIER V. D. in libro: *Handbuch des Strafprocesses II. p.* 524. tum SIEGEN in libro: *juristische Abhandlung. pag.* 86., denique SCHOLZ in lib.: *Archiv des Criminalrechts; Neue Folge Jahrg.* 1834. *p.* 1. absolutionem ab instantia impugnarunt. MITTERMAIER absolutionem ab instantia non aptam esse putat, falso opinatus, absolutionem quoque definitivam vim rei judicatae non habere ideoque ob novas probationes retractari posse. SIEGENIUS eam nec ratione et natura rei niti, nec aptam et necessariam, nec jure Romano fundatam esse contendit, dum eam legibus et consuetudinibus Germanicis confirmari, tacet. Incompositam argumentorum farraginem coacervat, ex quibus primaria tantum afferre liceat. Multo scitius SCHOLZIUS absolutionem ab instantia adortus est. Nam postquam eam ratione, prudentia et legibus niti negavit, etiam vim legis rerum perpetuo similiter judicatarum impugnat. Hujus igitur verba premenda sunt, ut refutentur.

§. 17.

Confutatio argumentorum, a Siegenio contra absolutionem ab instantia prolatorum.

SIEGENIUS dicit:

I. Quaestio, utrum reus condemnandus an absolvendus sit, inde pendet, utrum reum revera crimen commisisse probatum sit nec ne. Sin vero conjecturae tantum prolatae fuerint, perinde est ac si nihil probatum sit.

Sed id saltem certum est, eos, qui in justum medium illud ac vitia cum eo conjuncta tantopere invehantur — sive hoc faciant in literis, arte, politice, sive in jurisprudentia sive aliis in rebus, — conditionem quam perfectissimam societatis civicae atque vitae, quam idealem vocant, intelligere, non reputantes, vitam, qualis est, conditionem illam omnino non modo non assecutam, sed potius finibus suis circumscriptam et mancam esse, unde etiam in singulis magna et idealia petere nequeamus.

Eadem est nostrae rei conditio. Sane enim fatendum est, homines si tam integri et perfecti essent, ut nec mentirentur unquam, nec judicem fraudibus, figmentis, dolis cujuscunque generis decipere studerent, ut uno verbo dicam, si fieri posset, ut judex plenam veritatem, et quoad corpus delicti et quoad ejus auctorem, semper atque continuo inveniret, tunc quidem nunquam judici, sonsne esset an insons reus, dubitaturum esse, reumve ab instantia absolvere licitum esset. Quod autem si esset, omnino processu et sententia criminali nihil opus foret.

Atqui quum in praesentiarum ita res nondum se habeat, et proh dolor! non sit, quod proxime tam perfectum statum in terris conditum iri speremus, etiam pro eo, quod medium est inter plenam probationem criminis et probationem innocentiae, quod nomine suspicionis nuncupamus, media quaedam conditio, qualem absolutio ab instantia praebet, existat necesse est. Neque enim debet prohibitum esse, quominus in suspectum atque gravatum, sed non plena probatione convictum ideoque absolutum ob nova indicia, quae plenae probationis spem faciant, denuo inquiratur.

III. Tertium argumentum a Siegenio affertur hoc: „absolutionem ab instantia in processu civili tunc demum locum habere, si libellus ineptus aut actor contumax sit. Si igitur in civilibus absolutio ab instantia locum non obtinet, actore non probante, quomodo hoc in criminalibus fieri possit, intelligi nequit. Hic enim secundum L. 4. Cod. de edendo (2. 1.) idem atque in civilibus statuendum sit. Talis actio legem processus primariam: actore non probante reus absolvitur, everteret, et a reo reprobationem ejus, quod in eum non probatum sit, desideraret. Secundum jus Romanorum igitur, ipsis imperatoribus tyrannicis regnantibus, reum iterum accusare, qui semel absolutus sit, licitum non fuisse, nisi ob praevaricationem".

Hic etiam culpam petitionis principii committit Siegenius, ab eo profectus, processum criminalem et civilem omnibus in rebus aequalem esse, quod a vero prorsus alienum est. Nam in eo jam

§. 18.

Ratiocinatio Scholzii ejusque confutatio [1].

SCHOLZ V. D. hoc modo argumentatur: „*Die Art und Weise, wie der Richter thätig wird, die Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu untersuchen und zu entscheiden, heisst, der Process, und da dieser seinem Wesen nach, nicht ohne Entscheidung, also ohne Ende seyn kann, so kann der Staat sowohl als der in Untersuchung Befangene vom Richter ein Erkenntniss verlangen. Ein solches Erkenntniss muss, da, strenge genommen, zwischen Schuldig oder Nichtschuldig nichts in der Mitte liegen kann, entweder verurtheilend oder lossprechend sein.*" Libenter SCHOLZIO concidemus, medium inter culpam et innocentiam non dari, ac hic non de culpa vel innocentia ipsa agitur, sed de judicis notitia et persuasione quoad culpam vel innocentiam, et hic quidem permulti gradus, quos in universum nomine suspicionis insignire possumus, medium tenent locum inter culpam et innocentiam. SCHOLZIUS igitur hac demonstratione nihil probavit, quum in conclusione rem, quae investiganda erat, cum sententia et persuasione judicis permutaverit.

Quae SCHOLZIUS deinde de natura absolutionis ab instantia profert, hoc loco impugnare nolumus, licet in his quoque verum non detexerit, absolutionem ab instantia ex respectu ampliationis romanae, quae est dilatio sententiae judicis, considerans. Pariter nostrum non est, sententiam ipsius, absolutionem ab inst. in art. 99. Carolinae non fundatam neque indicatam esse, refutare, quoniam hoc respectu ad ea quae in superiore capite protulimus, lectorem ablegare nobis licet; sed SCHOLZIUM ibi tantum sequi volumus, ubi ex natura et philosophia processus inquisitionis absolutionem ab inst. deducere conatur. Quo consilio SCHOLZIUS hoc modo argumentatur: *Bei dem Beweise für und gegen die beschuldigte That treffen wir eine wichtige Eigenschaft des Subjects an; die nämlich, dass der Angeklagte mit der Vermuthung der Unschuld in die Untersuchung tritt, und ohne den strengsten Beweis der Schuld nicht als schuldig aus derselben scheiden darf. Praesumtio innocentiae oder quilibet praesumitur bonus ist das heilige Kleinod, welches wir an die Person jedes Staatsbürgers knüpfen müssen, wenn wir nicht die Bürgerrechte verletzen, Glie-*

1) Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. Jahrgang. 1834. p. 396.

der in der Kette zerreissen, den Staat als Inbegriff der Rechte Aller und Einzelner auflösen wollen. Ist die Vermuthung der Schuldlosigkeit das nothwendige Attribut jedes Staatsbürgers, welches er in den Untersuchungsprozess hineinnimmt, so folgt zweierlei von selbst:

1) *dass der Staat oder dessen Richter dem Beschuldigten diese Eigenschaft ohne den strengsten Beweis des Gegentheils nicht nehmen dürfe, und*

2) *dass der Staat, dafern er dieses darf, in Ermangelung solcher Beweise kein Recht habe, Handlungen vorzunehmen, die jenes Attribut in Zweifel ziehen, oder gar eine indirecte harte Strafe verfügen.*

Der Untersuchungsprocess ist blos ein Mittel, zu erforschen: ob das angeklagte Subject sich aus dem eigenthümlichen bürgerlichen Zustande der Unschuld in den der Schuld versetzt habe? Dieser Process darf, wie wir vorhin gesagt haben, nicht ewig sein, der Richter darf seinen Ausspruch nicht vorenthalten, und wenn er spricht, so darf er nicht über das sprechen, was seiner Entscheidung vorliegt, d. h. darüber: ob der obige Beweis geführt sey oder nicht? Absolvirt er dagegen blos von der Instanz, so sagt er: der Beweis der Schuld ist nicht geführt, ich darf also nicht strafen, aber ich darf auch nicht lossprechen, weil gegen den Beschuldigten annoch ein erheblicher Verdacht übrig geblieben ist. Er würde es nur seyn, wenn der Angeklagte den Beweis der Nichtschuld zu führen hätte. Dies ist aber, wie wir gesehen, nicht der Fall, vielmehr ist es umgekehrt Sache des Staats oder seines Vertreters, des Richters — den strengen Beweis der Schuld zu führen." At cum hac sententia: „reum cum praesumtione innocentiae causam incipere" ex qua SCHOLZIUS totam ratiocinationem suam deduxit, aut plane non aut saltem certis quibusdam conditionibus consentire possumus. Leges enim processus inquisitorii praesumtionem hanc ignorant. Contradictio etiam in adjecto esse videtur, innocentiam praesumi et tamen in reum inquiri. In processu accusatorio haec praesumptio quidem adhiberi potest, nullo modo vero in processu inquisitorio, hic enim judici tota et plena investiganda est veritas; eum ille quidem obtinet locum, ut neque culpam neque innocentiam rei suspicari ei liceat; indifferentem se praebere et persuasionem suam ex actis ipsis tantum haurire eum oportet. Quod ajunt: *quod non in actis non in mundo*, idem etiam de innocentiae praesumtione valet.

Etiamsi concedere vellemus, judicem rei, ut cujuslibet alius hominis, innocentiam suspicari posse, donec contrarium probetur, tamen huic conjecturae eam, quam ipsi Scholzius tribuit, vim concedere nullo modo possemus. Processui criminali enim, ut jam memoravimus, nullae juris praesumtiones notae sunt, et ita etiam haec innocentiae praesumtio non vim praesumtionis juris in processu civili habere potest, sed est tantum praesumtio generalis hominum, alium bonum esse. Quod igitur ajunt: donec probatur contrarium, id non magis urgendum est, quam in hominum vita fieri solet, ubi praesumtio hominem bonum esse, locum amplius non habet quum primum in malefacti alicujus suspicionem ceciderit. Nam praesumtio moralis innocentiae non majorem habet vim quam moralis culpae persuasio. Moralis vero culpae persuasio vel suspicio differt a culpae veritate vel a forensi ejus probatione, quoniam illa factis firmari potest, quae in probatione judiciali vix indiciorum vim exercerent. Quare innocentiae praesumtio suspicione eam premente plane jam infringitur, nec strictam culpae probationem, ut Scholzius contendit, flagitat. Qua cum innocentiae praesumtione omnia, quae Scholzius ex ea conjecit, concidunt, quae vero etiam per se spectata locum habere nequeunt. Quid enim sibi volunt, quae Scholzius profert: judici non licere de iis loqui, quae ei dijudicanda proposita sint, h. e. de ea re, utrum probatio exhibita sit nec ne. Quomodo tandem pronuntiatio judicis, de qua hic sermo est, a sententia differt? nonne potius sententia ipsa est? — Judex etiam qui reum ab instantia absolvit, non ita, ut Scholzius contendit, concludit, sed hoc modo: crimen non tam plene probatum est ut reum condemnare mihi liceat, attamen tam gravia adhuc restant indicia, ut mihi liceat ea, novis supervenientibus indiciis, iterum adhibere, igitur reum non a criminatione ipsa absolvere possum. — Concedimus quidem reo probationem quam dicunt defensionalem non instituendam esse, si nihil contra eum probatum est, sed si suspectus est, si indicia, quae eum gravant, adsunt, tunc quidem, si omnino a criminatione absolvi vult se purgare debet. Quod in processu mere accusatorio occurrit, plane aliud est; hic reo negandi et accusatoris probationes expectandi jus est. Sed judex inquisitorius veritatem a reo postulare potest.

Scholzius deductionem his verbis absolvit: *„Wir vermögen so wenig hier als überhaupt ein Recht des Staats aufzufinden, sich die Strafbefugniss für künftige Ergebnisse oder bessere Beweise aufzusparen, wenn in dem vorliegenden Rechtsgange der*

brauch anders, dicit, *als die Ansicht der Vorfahren im Amte, und wo liegt die Verbindlichkeit des Nachfolgers, nothwendig auf die Schultern seines Vorgängers steigen zu müssen? Antwortet man: im Gesetze, so sagen wir, dass gerade umgekehrt die Gesetze jeder Gewohnheit den Probirstein des Rationellen unterlegen.* KALLISTRAT *berichtet in dem fr.* 38. *de leg.* (*I.* 3.) *den Ausspruch des* SEVER: *in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere. Allein* CELSUS *fügt in dem folgenden fr.* 39 *ib. sogleich hinzu: Quod* n o n r a t i o n e *introductum* s e d e r r o r e *primum, deinde consuetudine obtentum*

est, in aliis similibus n o n o b t i n e t, *und ganz freie Hand lässt dem Richter* JUSTINIAN *in dem fr.* 13. *C. de sent. et interl.* (7. 45.). *Nemo judex vel arbiter existimet neque consultationes, quas non rite judicatas esse putaverit, sequendum et multo magis sententias eminentissimorum praefectorum vel aliorum procerum.* (*non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum judicum vitium extendi oportet, quum* n o n e x e m p l i s, s e d l e g i b u s *judicantum sit*) *neque si cognitionales sint amplissimae praefecturae vel alicujus maximi magistratus prolatae sententiae; sed omnes judices nostros* v e r i t a t e m, *et* l e g u m *et justitiae sequi vestigia sancimus.*"

At leges citatae neque SCHOLZII sententiam, judicem cuilibet consuetudini quae cum sua de jure persuasione certet derogare *posse*, tuentur, neque probant eum illam abrogare debere. Consideremus primo L. 38 cit. Eam in universum et sine circumscriptione dicere invenimus, auctoritatem rerum perpetuo similiter judicatarum vim legis obtinere debere. Constitutio criminalis CAROLI V. etiam pluribus locis hanc legis vim consuetudinum confirmavit, praecipue in Art. 104. 126. 137. — L. 39. cit. tantummodo de consuetudinibus dicit quae *non ratione* sed errore (i. e. contra leges) introductae sunt, et L. 13. C. cit. quoque judici nullo modo talem vim legislatoris tribuit, ut is pro arbitrio consuetudinem abrogare possit, sed tantum in universum cavendum monet, ne exemplis, ubi leges adsint, judicetur, eademque de consuetudinibus quae *non rite* judicatae sunt, sermonem facit.

Sed etiamsi non respexeris, has leges judici talem potestatem legislatoris non concedere, tamen ad absolutionem ab inst. nullo modo applicandae sunt, quum ea, ut supra demonstravimus, non errore sed ratione introducta sit, et talis sit bona consuetudo, cui Carolina legis vim tribuit, nisi rectius intelligamus, eam Carolina ipsa aperte introductam et confirmatam esse.

Nunc igitur haud reverendum nobis est, quominus summam quaestionum primae partis edicamus, secundum quam absolutio ab instantia tanquam genus sententiae judicis rationi et rei naturae conveniens, legibus introducta et auctoritate rerum perpetuo similiter judicatarum sancita in caussis criminalibus locum habet.

capite tertio, duobus illis, quae requisivimus, arctius perlustratis, videbimus.

Caput Primum.

Absolutio ab instantia in criminalibus peracta tantum inquisitione locum habet.

§. 20.

Introductio.

Pronuntiatio judicis in criminalibus duplicis esse potest, ut §. 3. demonstravimus, generis, dum aut applicationem legis pro-

cessualis spectat, aut de applicanda lege poenali decernit. Voce *absolutionis* jam indicatum est, hic de sententia interlocutoria sermonem esse non posse, adeoque sententiam definitivam esse debere, quod facile intellectu est, nisi verbo *definitiva* ad opinionem falsam nos abripi patiamur, quasi absolutio significet, rem in aeternum absolutam ac finitam esse. Sententia definitiva potius significat nostrum: *Endurtheil,* i. e. inquisitionem finitam esse. Attamen nos offendere potest, quod inde a vetustissimis temporibus, ubi absolutio nostra in usu erat, multi viri in causis publicis versatissimi, inprimis omnes Italorum practici, quorum supra mentionem fecimus, serius etiam HARPPRECHTIUS et KLEINSCHRODIUS eam animo conceperint opinionem, absolutionem ab instantia sententiam interlocutoriam esse. Sed error hic facile explicandus est, quum in permutatione absolutionis ab instantia cum nullitatibus positus sit, quae quidem usque ad finem praeteriti saeculi creberrima fuit.

Absolutio ab instantia de legibus poenalibus non applicandis decernit. De applicandis autem vel non applicandis legibus poenalibus decerni tantum potest, si aut veritas modo processui criminali satisfaciente explorata est, aut si judici spes nulla relicta est, fore ut actione sua plura, quae rem dilucidare possint, inveniantur, igitur, si conditiones saltem inquisitionis finiendae adsunt.

In Germanorum processu criminali duplex inquisitionis finis reperitur, quia duplex inquisitio adest, inquisitio generalis et specialis. Utrum finita inquisitione generali, et finita inquisitione speciali absolutio ab instantia locum habeat, jam in sequentibus videbimus.

§. 21.

Absolutio ab instantia post inquisitionem generalem adhibetur.

Cum processu inquisitorio etiam jus Canonicum discrimen inter inquisitionem praeparatoriam seu generalem et inquisitionem specialem seu solennem statuebat. Quamquam hoc discrimen Carolinae notum non est, tantum cum processu inquisitorio in universum paulatim introducto et firmato, illud discrimen in Germania statutum est, praecipue scriptis CARPZOVII, BRUNNEMANNI et LUDOVICI. Primitiva hujus discriminis vis, et fines inter inquisitionem generalem et specialem post varios errores recentiori tempore ita constituti sunt, ut nunc cum G. J. F. MEISTERO dicere liceat: generalis inquisitio est ea, quae occupata est in eruendo corpore delicti, et in conquirendis suspectionibus contra auctorem delicti, ad praepa-

men adesse, ita ut ea indicia, quae fortasse aderant, per se concidant et reus definitive absolvendus sit, v. c. si quis mortuus reperitur et trucidatus habetur, inquisitione generali finita autem, tanquam sui ipsius interfector, aut fortuna quadam adversa mortuus, agnoscitur. Conditiones, quibus absolutio ab instantia in inquisitione generali et speciali locum habeat, in universum eaedem sunt et tantum rei natura ipsa postulante alium quendam modum induent, ita ut in hac conditiones interlocuti ad instituendam inquisitionem

1) Kleinschrod Abh. aus dem peinl. Rte. I. p. 199. Bauer Strafprocess §. 232. Meister pr. jur. cr. §. 426. in fin.

specialem, in illa vero conditiones sententiae condemnatoriae, deesse debeant.

§. 22.

Absolutio ab instantia post inquisitionem specialem peractam adhibetur.

Quum inquisitione speciali finita illucere possit, judicium condemnatorium propter probationem imperfectam sequi non posse, attamen vero conditiones absolutionis definitivae, persuasionem scilicet judicis, reum insontem esse, deesse, intelligere non licet, cur absolutio ab instantia locum habere non possit. Attamen BOEHMERUS in Commentario suo ad C. C. C. art. XCIX. dicit:

„*Denique inter utramque hoc interest, quod definitive reus non aliter quam post responsionem ad articulos et probationes suspectas absolvi possit, ab instantia liberatus non aliter quam si ad articulos nondum respondit.*"

Et addit: „*si respondit, cum satis gravatum esse recte acquiritur, cui repugnat eum nihilo minus et defectum indiciorum absolvere velle, maxime si responsio praevia sententiae injuncta, facilius si judex proprio motu temere ad articulatum examen processerit. Licet enim tum secundum regulas processus reo neganti, ad minimum juramentum purgatorium imponendum sit, nulla tamen ratio adest, cur secordia judicis reo praejudicare et eum sine indiciis ad jurandum quod in se utique onerosum est, damnare queat.*" Facile autem est ad intelligendum, quomodo BOEHMERUS falsam hanc sententiam amplexus sit, facilique negotio eam refutare licet. Quod ad prius attinet, ipse causam erroris profert: „non consentaneum esse reum absolvere, ac si plane non suspectus sit." At quis contendat, ab instantia absolutum nullam contra se habere suspicionem? si reus plane non gravatus sit, plene et omnino absolvendus esset. Ne BOEHMERUS quidem ipse hoc contendit, nam paulo ante dicit, ad absolutionem ab instantia necessarium esse: „ut absolvere inconsultum videatur." Et ab alia parte suspicio, quae sufficit ad inquisitionem specialem praeviam sententiae impugnandam, nullo modo satis idonea est ad sententiam condemnatoriam ferendam.

KLEINSCHRODIUS optime jam animadvertit, facillime fieri posse, ut judex gravissimis ex causis inquisitionem specialem decernat, ut vero edictis ejus, in quem inquiratur, et testium suspicio ita

sitione speciali deletur), sive reus innocentiam argumentis non rejiciendis probaverit judici. Eidem contra a crimine absolvere reum non licet, in quem criminis suspicio obtinet; certe reus nullo jure postulare potest, ut, quamvis suspectus, a criminatione ipsa absolvatur insonsque declaretur, non enim valet judicem praesumtione innocentiae cogere, ut verum aliquid profiteatur, quod persuasum ei non est, quod quidem locum haberet, si gravatus atque suspectus homo insons judicaretur. Nam procul dubio magnum discri-

1) Kleinschrod Abh. Bd. I. pag. 147.

men intercedit inter reum stricto jure non convictum et reum qui insons ipsa inquisitione cognoscitur [1]). Non licet judici *innocentem* profiteri *hominem*, de cujus innocentia aliquo jure dubitari potest, et ab altera parte non condemnare, quum ad sententiam condemnatoriam non sufficit suspicio sola, imo lex reum plena probatione convictum postulet. Fortasse ne sententiam quidem interlocutoriam ad instituendam inquisitionem specialem pronuntiare licet, quum legibus et ea annexa sit conditionibus, quae saepe locum non habeant in ejusmodi suspicione, qua absolutio ab instantia conceditur.

Quod si medium intercedit, ita ut judex ab altera parte non condemnare possit, ob argumenta non plene probata, nec interloqui ad instituendam inquisitionem specialem, ob fidem corpus delicti deficientem, ab altera de innocentia rei jure dubitare debeat, eum ab instantia absolvere oportebit.

Quod medium si accuratius definire aggrediamur, quum gravissima absolutionis ab instantia conditio sit, statim duo sunt quae nobis sese offerunt diversa.

Nam *primum* fieri potest, ut deficiant conditiones interlocuti ad instituendam inquisitionem specialem vel probatio criminis a reo commissi ad sententiam condemnatoriam sufficiens, reus autem ita suspiciosus sit, ut judex jure a crimine absolvere eum non possit. Ex argumentis tantummodo et corporis delicti et auctoris delicti, aut plene aut omnino non probatis, pendet, utrum absolvendum sit an condemnandum. Imputabilitatis gradus etsi argumentis firmatus, haud respiciendus est, quum nihil nisi sententiam condemnatoriam accuratius circumscribere et moderari possit. Ea sola est res, quam plerumque spectant V. V. D. D. quum loquuntur de absolutione ab instantia. Sed is unus non est casus, qui accidere potest, imo alius ei oppositus est, eum dico II.: quum reus quidem plena probatione offensiva convictus est, sed probationem defensionalem (sive ea sit reprobatio directa, sive probatio exceptionis, quae poenam tollit) *verosimillimam* reddit. Nam tum quoque judex nec condemnare poterit, quum non satis constet vel de ipso delicto ejusve auctore, vel de poenis, quas leges jubent, hac in re adhibendis, nec omnino absolvere, quum plena reprobatio defuerit.

Quae quidem partes duae modo indigitatae maxime eo inter se discrepant, quod absolutio ab instantia primo loco post finitam inquisitionem et generalem et specialem, secundo loco post finitam

---

1) Bauer Strafprocess §. 193. Not. b.

solummodo inquisitionem specialem locum habere potest. Etenim, quum primum apparuit, delictum esse commissum, reumque id commisisse, nulla re impediendus est judex, quominus procedat ad inquisitionem specialem, quum in ea sola de defensionali probatione absolutioni et plenae et interimisticae sufficiente sermo esse possit. Omninoque reprobatio saltem locum habere non potest, nisi accusatus plena probatione convictus est, quod quidem inquisitione generali fieri nequit.

§. 24.

Absolutio ab instantia locum habet ubi probatio offensiva non ad finem legalem perducta est, atque reus suspicionem, qua implicitus est, removere non potuerit.

Ut singulos, ubi probatio offensiva non est plena, enumeremus casus ad unum omnes, vix fieri possit, quum experientia omnes, qui accidere possunt casus nullo modo cogere valeat. At fieri posset, ut singula argumenta probantia deinçeps perlustrarentur et tum in singulo quoque tum in omnibus conjunctis demonstraretur, quando et sub quibus conditionibus probatio sit plena, nec ne. Sed is labor hoc loco eo magis superfluus judicandus sit, quum leges non solum et doctrina de probatione quae in universum notatu digna sunt, constituerint, de singulis autem causis nihil certi constitui queat, verum etiam consilio nostro proposito sufficiat, exponere, quando in probatione offensiva non facta, tantum suspicionis restet, ut reum non tota causa, sed ab instantia sola absolvi liceat.

Quibus in casibus tantum suspicionis restet, ut judex omni jure innocentiam non quidem convicti addubitare debeat, hac de re, dico, regulae universales constitui non possunt, sed omnia hoc loco recurrunt ad singulos casus et circa eos versantur. Qua de causa ad sequentia transeundum videtur.

§. 25.

Absolutio ab instantia in criminalibus locum habet, si, probatione offensiva plene peracta, reus probationem defensivam verisimilem reddit.

Reus probationem defensionalem diverso modo instituere potest, aut directa, ut dicitur, reprobatione, probans corpus delicti non exsistere vel se delicti auctorem non esse, aut probatione exceptionis poenam avertentis. Probatio exceptionis, quae poenam mitigat, huc non est referenda, quum sententiam condemnatoriam tantum mutet, minime vero conditio sententiae absolutoriae esse possit.

Causa, cur in utroque casu condemnari non possit, aequitate et regula: „defensionem favorem juris habere et satius esse impunitum relinqui facinus nocenti, quam innocentem damnari" (L. 38. Dig. de poenis, L. 5. D. eod.) constituta et usu fori agnita est.

I. Reprobatio directa ita acta est, ut veri speciem habeat.

Sub reprobatione directa intelligitur ea probatio, qua demonstratur, ea facta omnino non existere, quibus probatio offensiva jam finita nititur, sive pertineant ad ipsum corpus delicti, sive ad delicti auctorem. Excludendum vero est rei studium vim probantem mediorum probandi, quibus nisa est probatio, diruendi atque delendi. Si, ut exemplum afferamus, reus demonstrare studeret, testes, qui contra ipsum professi sunt res, esse inhabiles et suspectos, haec non esset appellanda reprobatio. Quod attinet ad reprobationis effectum in universum, certissima nobis erit dux analogia e processu civili repetita, si simul rationem habeamus ejus rei, quod in processu criminali nunquam aut certe rarissime juramentum suppletorium vel purgatorium locum habeat, et quod in hoc plura sint, quae reo favent, quam in processu civili. In processu enim criminali probationi defensionali plerumque plenae probationis vis conceditur, quum eo usque probata est res, ut in processu civili suppleri et ad finem perduci possit juramento suppletorio.

Regulae igitur constituendae sunt hae:

1. Si reprobatio est directa, plena, aut semiplena major, dum et probatio offensiva plena est, reus a crimine absolvendus est, aeque ac si probatio criminis non est plena, quum reus crimen plene reprobaverit. Attamen negandum non est, hac regula majorem non afferri rei lucem; imo e certo crimine proposito sola norma repeti potest, qua discernamus, utrum in reprobatione plena an semiplena majori, a crimine sive ab instantia absolvendum sit. Quod inde fit, quod divisa probatione in plenam, semiplenam, semiplena majorem et minorem, multo minus lucri faciamus in processu criminali, quam in processu civili.

2. In probatione plena, si reprobatio verosimilitudinis gradum assecuta est, judex ab instantia absolvere debebit. Quod quidem non facile accidere poterit, si crimen, ab ipso judice conspectum, probatum aut reus confessione convictus est. At in probatione non artificiali, reprobatio tum locum habere potest, quum per testes sive per artis peritos crimen probatum est. — Porro quaeritur, num reprobatio *indiciis* possit fieri, quum reus probatione

non artificiali convictus est. Si theoriam constanter sequi volumus, id affirmandum est, sed in rerum usu rarissime ejusmodi casus accident, nisi huc referas, accusatum probasse, se ipsum alibi esse commoratum, quod quidem nihil est nisi probatio conclusionibus facta. Contra negari non potest, reum in hac re reprobationem indiciis factam eo usque producere posse, ut ab instantia sit absolvendus. Saepissime reprobatio locum habebit, ubi crimen indiciis probatum est. Sed hoc ipso loco omnia pendent ex singulo, quod accidit, crimine, et monendum est tantum, ne misceamus indicia, quae „*Gegenindicien*" vocamus, cum iis, quae excusationi inserviant (*Entschuldigungsindicien*) [1]).

II. Probatio exceptionis, quae poenam excludit, in modum verisimilem acta est.

Exceptio, quae poenam excludit, ut per se intelligitur, omnibus probandi mediis probari potest; et id utrum plene nec ne factum sit, ex communibus juris principiis dijudicandum est. Utique dubitandum non est, quin reus, si ex. gr. confessione convictus est, exceptionem ex indiciis repetitam eo usque probare possit, ut ab instantia absolvi debeat. Exemplo sit hoc: homicidii accusatus, ad necessitatem defensionis probandam, profert, interfectum pravis fuisse et indole et moribus, jam antea pluries sibi esse minatum, majori fuisse corporis robore, arma gessisse, dum ipse notus sit inter omnes tanquam pacis amantissimus, neque in pugna arma gesserit.

Caput Tertium.

Quatenus conditiones, quibus absolutio ab instantia vulgo fieri solet, immutentur.

§. 26.

Conspectus.

Causa et conditio, qua judici reum ab instantia absolvere licebat, in eo, ut hucusque demonstravimus, continebantur, ut innocentiam rei dubitare deberet; dum eundem tamen plena probatione criminis vincere non poterat. Si igitur via sit, qua tali in re reus judicem, ut innocentiam non dubitet, movere possit, qua reus se

1) Bauer l. c. §. 160 seq. Mittermaier l. c. pag. 508

a suspicione, quae in eo haerebat, purgaret, sine dubio is a judice plene absolvendus esset. Talem viam, ut apparet, processus civilis agnoscit, eaque scilicet in juramentis necessariis utitur. Si igitur in processu criminali juramentis necessariis uti liberum foret, contendere possemus, juramenta necessaria, ubi in universum locum habent, partes absolutionis ab instantia suscipere posse. Ita porro etiam agnoscere debemus, ea, quae ex absolutione ab instantia sequantur, praesertim quoad disciplinam criminalem, minoribus poenis paria esse. Si igitur crimen, de quo inquiritur, minoribus adnumerandum est, si reo condemnato non jura sancta et difficulter resarcienda pro poena sumuntur, si poenae contra tam exiguae sunt, ut ea, quae ex absolutione ab instantia sequantur, eodem modo toleratu difficilia forent, in rei natura positum, tum quoque non ab instantia absolvi, sed condemnationes absolutionis ab instantia locum suscipere.

§. 27.

Ceteris paribus purgatorium (et respective suppletorium) locum absolutionis ab instantia sustinet.

Jusjurandum purgatorium juri Romano in criminalibus plane ignotum fuit et canonico demum jure introductum, serius legibus imperii confirmatum et in praxi applicitum est. Recentiore tempore, quo sensus pius magis magisque evanuit, intelleximus, quam fallax et incertum jusjurandum purgatorium sit, et experientia quotidie docet, reos falso jurare, quo poenam a se avertant. Ita nuperrime jure meritoque contra jurisjurandi purgatorii usum scripsit: Althof de purgatorio juramento, uti etiam Abeggius, in libro omnibus noto, multa, quibus jusjurandum purgatorium recte aestimari possit, contulit. Leges particulares idem aut prorsus sustulerunt aut valde coërcuerunt, quibus definitionibus jusjurandum purgatorium nunc solum retineri et applicari posse videtur. Postulatur vero, quo jusjur. purgatorium adhiberi possit: *primum*, crimen minoris momenti, cui etiam in hypothesi levis poena imminet; *deinde* suspicio talis, quae, finita inquisitione probationem semiplenam aequat; *tum*, reus, qui eam prae se fert indolem, ut perjurii non valde suspectus sit [1]).

Iisdem fere conditionibus reus etiam, si exceptionem praetendit eandemque ad verosimilitudinem usque probavit, suppletorio

---

1) Bauer l. l. §. 154 sq.